El criterio de proporcionalidad en el Derecho Internacional de las Inversiones: una visión del discernimiento del Tribunal Arbitral en el caso Occidental

David Molina Coello
Universidad San Francisco de Quito (USFQ), estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: bmolina@estud.usfq.edu.ec

Nicole Espinosa Proaño
Universidad San Francisco de Quito (USFQ), estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: nespinosap@estud.usfq.edu.ec

Recibido/Received: 26/02/2017
Aceptado/Accepted: 27/08/2017

Resumen

La proporcionalidad es un criterio que puede encontrarse tanto en la legislación interna de los Estados como en el Derecho Internacional Público, al igual que en su rama de inversiones. Este criterio presupone la ejecución de la medida menos gravosa por parte del Estado frente a un acto imputable al inversionista, la cual debe aplicarse de manera progresiva respecto de otras posibles medidas ajustables al acto que faculta su implementación[1]. El problema planteado frente al caso Occidental parte de la caducidad del contrato de participación petrolera por la delegación de participación que realizó dicha compañía a un tercero. Al aplicar el concepto de proporcionalidad, el tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI)[2] condenó al Estado ecuatoriano pues consideró que la medida de caducidad, pese a estar contemplada en su legislación, no era proporcional. Ante esto, cabe cuestionarse si en este caso existe una contradicción del principio de proporcionalidad con el de legalidad. El problema tiene su respuesta en el Derecho Internacional Público, sobre la base de la postura que determina que la proporcionalidad no quebranta la facultad estatal de ejecutar las medidas estipuladas en su legislación, es decir, no transgrede el principio de legalidad.

Palabras clave

Inversión, inversionista, proporcionalidad, estándares de protección, criterio, medida menos gravosa, legalidad, Derecho Internacional de las inversiones, Tratados bilaterales para la protección de inversiones, Ecuador, CIADI.

Proportionality as a Criterion of International Law of Investment: An Overview of the

1 *Infra § 4*.
2 Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Occidental Pretroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*. Resolución. Laudo del 5 de octubre de 2012. CIADI No. ARB/06/11. Párr. 484 y ss.

Tribunal's Decision on the Occidental Case

Abstract
The proportionality principle is a criterion that can be found within the internal legislation of the States as well as in Public International Law, and particularly in its Investment branch. This principle forces the State to apply the least harmful measure in regard to an act attributable to the investor. Whatever measure the State applies, it has to be implemented progressively taking in account other possible measures that the State is legitimized to execute for that specific case. The issue pertaining the Occidental case deals with the unilateral termination of the participation petroleum contract due to the unauthorized cessation of rights in behalf of a third party.
The tribunal of the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) evaluated the presence of the proportionality principle within the sanction that the Ecuadorian State applied to Occidental. In this sense, the tribunal condemned the sanction taken by the Ecuadorian State because they claimed that the measure was not proportional; this claim was done in spite of the Ecuadorian´s legislation since it contemplates this type of sanction for unauthorized cessation of rights to a third party.
With that being said, it is imperative to question oneself about a possible contradiction among the proportionality principle and the legality principle in reference to this particular case. The issue can be solved by applying Public International Law, under the premise that affirms that the proportionality principle does not infringe the faculty a State has to execute the various measures contemplated within its legislation, therefore, it does not transgress the legality principle.

Keywords
Standards of investment, investment, investor, criterion, proportionality principle, Rule of Law, legality principle, least harmful measure, International Investment Law, Bilateral Investment Treaties, Ecuador, ICSID.

1. Introducción
El 5 de octubre de 2012, se dictó el laudo en arbitraje internacional entre Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company contra la República del Ecuador[3]. El análisis del criterio de proporcionalidad utilizado por el Tribunal frente a la declaración de caducidad del contrato de participación petrolera es la razón del presente artículo. La interpretación para la aplicación del criterio genera una disyuntiva determinante: el criterio de proporcionalidad con relación al principio de legalidad.
El principio de legalidad se entiende como el margen que tiene la Administración Pública para la

3 *Ibídem*.

aplicación directa de la norma prescriptiva, por subsunción normativa, a hechos determinados[4]. Es decir, es la consecuencia que la ley prevé para un actuar específico y que debe ser ejecutada por el Estado. Sobre la base de dicho concepto, dentro del caso en cuestión, si bien la sanción legal prevista frente al actuar de Occidental es la caducidad[5], esta no era la única alternativa que tenía el Estado. Al contrario, aquél debió adoptar la medida que le cause menos daño a la inversión, en aplicación al principio de proporcionalidad. El margen de referencia determina que la desproporcionalidad entre sanciones se da cuando la medida tomada es extremadamente gravosa frente a otras opciones genéricas del actuar estatal[6].

Dentro del Derecho Internacional Público, la legislación interna de los Estados puede apreciarse como fundamento fáctico[7]. De tal manera, es lógico entender que para el Tribunal de *Occidental v. Ecuador* el criterio de proporcionalidad debía ser analizado como un hecho dentro del caso. El acercamiento realizado en el laudo a dicho criterio es como un principio recogido por la legislación ecuatoriana.

Existe una dualidad de posturas frente al criterio de proporcionalidad: por un lado, como un hecho perteneciente al Derecho Internacional Público; y por otro, como uno de sus principios en sí mismo. Esta distinción es importante, puesto que si se toma a la proporcionalidad como un principio en el Derecho Internacional Público, el no aplicarlo implicaría que un Estado viole su propia legislación ya que las obligaciones internacionales que contrae se vuelven parte de su régimen legal. Así, desde la visión del Derecho Internacional la proporcionalidad va de la mano con el principio de legalidad.

Finalmente, la proporcionalidad como un principio en el Derecho Internacional de las Inversiones tiene un margen de acción dentro de los estándares de protección a las inversiones[8]. Como se demostrará, aquél debe considerarse dentro de los laudos arbitrales de inversiones ya que no constituye una violación al principio de legalidad sobre el que se basa la actuación de los Estados, al contrario, se presenta como un complemento del mismo. Por tanto, es necesario analizar, en primer lugar, la definición de la proporcionalidad; en segundo lugar, la cabida de dicho concepto dentro del Derecho Internacional Público y, consecuentemente, en su rama de

4 La cita se refiere al principio de legalidad entendido como la producción y aplicación normativa que el Derecho le da a la Administración Pública. Este puede entenderse como la base del principio de proporcionalidad. El problema planteado se da cuando la subsunción de los hechos a la norma es perfecta, tal como se verá posteriormente en el caso Occidental y el artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos. *Vid*. López González, José Ignacio. *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*. Sevilla, España: Editorial Universidad de Sevilla, 2016, p. 12.

5 Ley de Hidrocarburos. Artículo 74. Registro Oficial No. 711 del 15 de noviembre de 1978.

6 En el caso Occidental, la caducidad del contrato se encuentra en el artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos como consecuencia específica del actuar de dicha compañía, sin embargo, el tribunal considera que la subsunción es desproporcionada por existir otras medidas que pudieron ser igual de efectivas y no gravosas en el nivel que la terminación unilateral.

7 El artículo 38 (1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no prevé a la legislación interna de los Estados como fuente del Derecho Internacional, de modo que, a efectos del análisis realizado por cortes y tribunales internacionales para sus decisiones, esta debe entenderse como un hecho en el Derecho Internacional.

8 Schill, Stephan. "Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law". *International Law and Justice Working Papers*. Nueva York; Universidad de Nueva York, 2006, pp. 41 y ss. El autor toma la necesidad de razonabilidad y proporcionalidad de la medida como un principio en el Derecho Internacional de las Inversiones.

inversiones; y, finalmente, su aplicación dentro del Caso Occidental, al igual que el análisis del principio de legalidad con relación al de proporcionalidad en los hechos suscitados en dicha controversia.

2. Definición de proporcionalidad

La palabra proporcionalidad, que viene del latinismo *proportionalis*, corresponde a la noción de la "conformidad de una parte con el todo o de cosas relacionadas entre sí"[9]. El basamento de la definición arroja dos posibles interpretaciones de lo que significa proporcionalidad. Por un lado, "la conformidad de una parte con el todo" es equivalente a la subsunción de los preceptos de una norma con hechos determinados, en cuyo caso la norma es el "todo" y los hechos son la "parte". Dicha afirmación se evidencia en el aforismo "a mismo hecho, mismo derecho o sanción"[10], y responde al principio de legalidad como aplicación estricta del ordenamiento jurídico. Por otro lado, la "conformidad de […] cosas relacionadas entre sí"[11] se entiende como la posibilidad de elección de una sanción frente a cierto acto imputable a una persona, y su margen de acción admite distintas opciones de cara a un hecho determinado. La redacción de la definición entiende que estas dos posturas son excluyentes: la primera admite justamente la subsunción normativa frente a un acto imputable a una persona; mientras que la segunda presupone un espectro mucho más amplio.

Así, para la determinación del criterio de proporcionalidad, en el presente análisis se utilizará la segunda interpretación de la noción dada por la raíz latina de la palabra, puesto que corresponde al criterio abrazado por el tribunal arbitral en Occidental[12]. A su vez, es la acepción utilizada dentro de ciertos regímenes en Derecho Internacional Público; por ejemplo, el régimen auto-contenido de comercio internacional[13]. Las dos connotaciones de la palabra proporcionalidad se volverán a encontrar en este texto, en el punto referente a la relación que tiene el principio de legalidad con el criterio de proporcionalidad, y cuyo fundamento está por desarrollarse[14].

A efectos de este artículo, lo proporcional debe entenderse partiendo de la acepción usada por Occidental. El margen de aplicación de una sanción por la que se opta sobre otras posibles, frente a un hecho específico[15]. En la materia que nos compete, este marco de aplicación presupone la posibilidad del Estado de ejercer distintas sanciones frente a un acto realizado por

---

9 Real Academia de la Lengua, *Diccionario de la Lengua Española*. "Proporcionalidad". http://dle.rae.es/?id=UOVZutf

10 López González, José Ignacio. Ó*p. cit*., p. 16.

11 "Proporcionalidad". Ó*p. cit*., http://dle.rae.es/?id=UOVZutf

12 Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Occidental Pretroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*. Óp. *cit*., párr. 484 y ss.

13 Un régimen es auto-contenido cuando sus disposiciones se aplican irrestrictamente, sin consideración a cualquier otra regulación que exista respecto de la misma conducta que entra en el presupuesto de la norma. En el Derecho Internacional de Comercio, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) es un ejemplo de dicho régimen. La siguiente cita se toma en cuenta solo para la recopilación y concreción de lo que significa un régimen auto-contenido para el autor: Fortin, Carlos. *Régimen Jurídico del Comercio Internacional y Derechos Humanos: una Compleja Relación*. Chile: Anuario de Derechos Humanos, 2008, p. 238.

14 La información que sustenta la afirmación presentada se encuentra en *Infra § 4*.

15 Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Occidental Pretroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*. Óp *cit*., párr. 400.

una persona. Para que este elija la sanción a ejecutarse, se debe preferir la medida menos gravosa para el implicado[16].

El criterio de proporcionalidad reza que la medida tomada, de las posibles frente al hecho, sea disuasiva[17]; es decir, que obtenga la finalidad deseada con su implementación. De manera ejemplificativa, el Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y Corea del Sur expone a la disuasión como un adjetivo autónomo a la proporcionalidad. Este dice: "Cada Estado parte debe implementar en su legislación sanciones que incluyen multas dinerarias que sean efectivas, disuasivas y proporcionales"[18]. Mediante la unión de las nociones de proporcionalidad y disuasión, se consigue un concepto concreto y completo del criterio de proporcionalidad. Este es: la posibilidad de subsunción circunstancial de distintas sanciones frente a hechos determinados, en la que se debe preferir la medida menos gravosa para el implicado y que, a su vez, sea disuasiva y efectiva para restablecer el orden quebrantado en el ordenamiento jurídico[19]. Una vez determinado, el concepto de proporcionalidad debe desarrollarse bajo el prisma del Derecho Internacional Público.

3. La proporcionalidad dentro del Derecho Internacional Público

Dentro del Derecho Internacional Público, la proporcionalidad puede encontrarse tanto como un hecho que el operador de justicia verifica para resolver la controversia, cuanto como un principio sobre el que se basan las obligaciones internacionales de los Estados. Cuando la legislación de un Estado ha definido los alcances de la proporcionalidad, existen casos en que los Tribunales Arbitrales han analizado al criterio de proporcionalidad como un hecho dentro del Derecho Internacional Público, toda vez que lo consideran como parte de la legislación del Estado en cuestión[20]. Por ejemplo, en el caso Occidental el acercamiento a la proporcionalidad se hace mediante la legislación nacional de la República del Ecuador[21]. Sin embargo, no se exceptúa la posibilidad de la aplicación de dicho criterio como principio del Derecho Internacional Público[22]. Ambas perspectivas deben desarrollarse para evitar posibles confusiones que limiten la aplicación de la proporcionalidad en sus distintos ámbitos jurisdiccionales.

La proporcionalidad ha sido establecida como principio del Derecho Internacional[23]. El "proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados por el cometimiento

16 Kläger, Roland. *'Fair and Equitable Treatment' in International Investment Law*. Nueva York: Cambridge University Press, 2011, p. 237.

17 Quiroga, Edesio. "El artículo 42 de la Ley de Concesiones: Justicia y Proporcionalidad de la Sanción". *Revista Chilena de Derecho* (2008), pp. 193-205.

18 Traducción libre. Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Corea (2011). Artículo 10.59.

19 Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Occidental Pretroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*. Resolución. Laudo del 5 de octubre de 2012. CIADI No. ARB/06/11. párr. 401. Referente al contrainterrogatorio del Dr. Juan Pablo Aguilar Andrade en el caso.

20 *Id*. p. 8.

21 Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Occidental Pretroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*. *Óp. cit*., párr. 409.

22 Schill, Stephan. "Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law". *Óp. cit*., pp. 41 y ss.

23 Delbrück. "Proportionality". *Encyclopedia of Public International Law Vol. III/V*. R. Bernhardt (ed). Países Bajos: North-Holland, 1997, p. 1144.

de actos internacionalmente ilícitos" de la Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General de las Naciones Unidas[24] recoge a la proporcionalidad como principio del Derecho Internacional en su artículo 51. Este se refiere a dicho principio frente al cometimiento de un ilícito internacional por parte de un Estado y la implementación de contramedidas en consecuencia[25]. Sin embargo, el principio de proporcionalidad recogido en el artículo mencionado se refiere al significado del criterio como: *a igual hecho, igual sanción*; es decir, se acerca a la acepción referente al principio de legalidad. Sirve para determinar la existencia de la proporcionalidad como criterio diametral en el Derecho Internacional Público. No obstante, no se homologa a la definición requerida en materia de inversiones.

Por otro lado, en el Derecho Internacional del Comercio, las estipulaciones de la Organización Mundial del Comercio (en adelante, OMC) permiten un acercamiento directo y estructurado para constituir el concepto de proporcionalidad en el Derecho Internacional de las Inversiones. Aquello se da sobre la base de que en ambas ramas del Derecho Internacional Público están envueltas relaciones económicas. El Acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio (en adelante, GATT) es prueba de que todos los Estados parte de la OMC aceptan e incorporan la proporcionalidad. Esta debe ser entendida como las medidas estrictamente necesarias para recuperar el balance de la operación económica[26]. Sobre la base de aquello, los tribunales de inversiones podrían tomar como pertinente el concepto dado en el sistema de la OMC dadas las similitudes de las conductas que regulan ambas ramas del Derecho Internacional Público, tomando en cuenta que es solo referencial, ya que el GATT es un régimen auto-contenido[27]. La posibilidad del uso oportuno del criterio de proporcionalidad del Derecho Internacional del Comercio, dentro del Derecho Internacional de las Inversiones[28], es una herramienta para la completa efectividad de los estándares de protección a los inversionistas que consten en los tratados de inversión pertinentes[29]. Esto, salvo los casos en que la proporcionalidad está contenida en el tratado que se invoca, ya que al ser fuente de la jurisdicción del tribunal, aquél debe atenerse a sus estipulaciones.

El concepto de proporcionalidad en acuerdos comerciales se encamina al medio menos lesivo y más efectivo, en un campo en el que existen algunas actuaciones posibles por las que puede optar un Estado[30], como consecuencia de un acto imputable a otro Estado o, dentro del

---

24 Adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/83, del 12 de diciembre de 2001.

25 Artículo 51.- Proporcionalidad: *Las contramedidas deben ser proporcionales al perjuicio sufrido, teniendo en cuenta la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y los derechos en cuestión*.

26 El artículo 12 del GATT 47 determina, en el literal a de su numeral segundo, que las restricciones a las importaciones que tome un Estado para proteger la balanza de pagos deben ser las estrictamente necesarias; es decir, la medida menos gravosa pero efectiva (criterio de proporcionalidad) (énfasis añadido).

27 Es decir, su aplicación está aislada y es irrestricta a la regulación de otros instrumentos internacionales. Ó*p. cit*., 13.

28 Sacerdoti, Giorgio *et al*. *General Interests of Host States in International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 22.

29 Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Sempra Energy International v. República de Argentina*. Resolución. Laudo del 28 de septiembre de 2017. CIADI No. ARB/02/16. párr. 299.

30 *Ibídem*.

mercado, a un operador económico[31]. La materia de inversiones está muy ligada a las actividades derivadas de un acuerdo comercial entre países. Por lo general, los operadores económicos son inversionistas. Así lo demuestran los tratados de comercio internacional, al igual que los tratados bilaterales y multilaterales de inversión, así como aquellos que contienen disposiciones para las inversiones. Aquellos instrumentos legales han determinado en sus estipulaciones el criterio y la aplicación de la proporcionalidad.

Como ejemplo, el artículo 114.1 del Acuerdo en el Área Económica Europea (EC-EFTA), tratado comercial con capítulo referente a inversiones, determina el criterio de proporcionalidad al referirse a la reacción de los Estados parte frente a otro Estado, también parte, que instaura salvaguardias. El artículo reza que los Estados parte deben tomar "las medidas proporcionales necesarias para remediar el desequilibrio"[32] de la balanza comercial.

Asimismo, en otros tratados se ha aplicado la proporcionalidad en distintos casos: en primer lugar, mediante el uso de medidas regulatorias menos gravosas pero, a su vez, efectivas[33]; en segundo lugar, como un principio explícito dentro de la regulación sobre la adquisición de un derecho real[34]; y, en tercer lugar, como regulación a las restricciones, controles y requerimientos entre Estados[35]. Todas estas formulaciones, dentro de los distintos tratados, son posibles acercamientos de referencia del Derecho Internacional del Comercio al Derecho Internacional de las Inversiones.

El Acuerdo Provisional de la Unión Europea con la SADC, en el tercer numeral del artículo 79, da el ejemplo más claro de proporcionalidad aplicada en el Derecho Internacional de las Inversiones. *Mutantis mutandi*[36] y extrapolando la posición del Estado al que se le aplica la medida en materia comercial con el inversionista extranjero, y de manera referencial, el accionar del Estado agraviado debe ser el siguiente:

> Para la adopción de dichas medidas, […] el Estado parte del SADC EPA, debe procurar seleccionar medidas proporcionales a la violación, que a su vez sean las menos gravosas a la conservación de los objetivos de este Acuerdo y debe tomar en consideración su impacto en la economía del Estado parte al que se imputa el reclamo y en los demás Estados parte del Acuerdo[37].

Por todo lo anterior, entender el criterio de proporcionalidad como un mero hecho en Derecho Internacional Público es una visión limitada. La aplicación de dicho criterio como hecho no implica la exclusión de su calidad como principio del Derecho Internacional Público, que se encuentra de manera transversal en todo el sistema jurídico internacional mediante sus dos acepciones, dependiendo la materia que se regule. Por lo tanto, se encuentra en el Derecho Internacional de las Inversiones como la utilización de la medida menos gravosa frente a un

31 Se toma la cita exclusivamente para el concepto de operador económico. Rose, Vivien, y Bailey, David (eds). *Bellamy and Child: European Union Law of Competition*. Oxford: Oxford University Press, 2013, párr. 2003.
32 Traducción libre. Acuerdo en el Área Económica Europea (EC-EFTA) (1994). Artículo 114.1.
33 Chile- EC Association Agreement (2003). Artículo 79.
34 Albania- EC Association Agreement (2006). Interpretación adjunta al artículo 61 del Acuerdo.
35 Economic Partnership Agreement between Côte d'Ivoire and European Community (2008). Artículo 29 (2).
36 La traducción del aforismo es: "Cambiando lo que se deba cambiar".
37 Traducción libre. Acuerdo de Asociación Económica entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y los Estados del AAE de la SADC, por otra (2014). Artículo 79.

actuar determinado del inversionista[38]. Una vez corroborada la procedencia del criterio de proporcionalidad, tanto en el Derecho Internacional Público como en su rama de inversiones, es importante determinar los elementos para su aplicación frente al actuar de un inversionista.

La relevancia de las acotaciones realizadas en este punto, mediante la exposición de los contenidos de distintas normas dentro del Derecho Internacional, se resume a la determinación de la existencia del criterio de proporcionalidad mediante los dos conceptos expuestos.

También, habiéndose determinado posteriormente cuál de aquellos se encuentra dentro del Derecho Internacional de las Inversiones, ahora se deben desarrollar los elementos de la aplicación del criterio de proporcionalidad en dicha rama del Derecho Internacional Público. De tal manera, se logrará aterrizar el criterio dentro del Caso Occidental en el siguiente punto del artículo.

4. El concepto de proporcionalidad dentro del Derecho Internacional de las Inversiones para el Tribunal de Occidental

Sobre la base del concepto de proporcionalidad, es importante determinar sus elementos y parámetros de aplicación; así como el estándar que debe verificarse para que una medida tomada bajo dicha rama del derecho sea proporcional.

4.1. Elementos esenciales para la aplicación de la proporcionalidad dentro del Derecho Internacional de las Inversiones

El criterio de proporcionalidad en el Derecho Internacional de las Inversiones, dentro del laudo Occidental, se basa en cuatro elementos esenciales para su aplicación:

> 1. Debe existir una relación contractual entre un inversionista extranjero, cobijado por un Tratado de Inversión, y el Estado receptor de la inversión, en el ejercicio de su *ius imperii*. Dentro de dicha relación debe haber un acto imputable al inversionista[39].
>
> 2. La actuación del Estado debe estar en un margen de discrecionalidad reglamentada en la legalidad, que significa la posibilidad de múltiples opciones previstas en la legislación del Estado receptor para actuar frente a un suceso determinado, incluso aquellas genéricas a todas sus relaciones contractuales[40].

38 Kläger, Roland. *Óp. cit.*, p. 237.

39 "El Tribunal ha determinado que […] OPC (Occidental) efectivamente transfirió derechos contemplados en el contrato de participación". Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Occidental Pretroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*. *Óp. cit.*, párr. 384. La imputabilidad está dada por la legislación y regulación interna de cada Estado. En el Caso Occidental, es el artículo 74.6 de la Ley de Hidrocarburos. Kingsbury, Benedict. *The Concept of "Law" in Global Administrative Law*. Nueva York: New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, 2009, p. 41.

40 El Tribunal en el caso Occidental citó el Decreto No. 3179 de fecha 19 de octubre de 2002; este, a su tenor literal, dice: "Art. 2.- DE LOS ACTOS DISCRECIONALES. La discrecionalidad respaldada por el derecho implica la elección de una entre varias opciones igualmente válidas […]". Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Occidental Pretroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*. *Óp. cit.*, párr. 400.

3. Debe existir una ponderación entre las consecuencias gravosas de cada opción de actuación del Estado receptor. Lo que implica que el acto debe motivarse siempre en búsqueda de la medida más efectiva y menos gravosa[41].
4. Finalmente, corresponde al Estado elegir la medida menos gravosa, dentro de aquellas aplicables a la conducta del inversionista, mediante la ponderación y comparación entre estas. Asimismo, esta elección implica ejecutar de manera progresiva cada sanción prevista en su legislación; empezando por la medida menos gravosa y finalizando por la medida más gravosa, siendo esta generalmente investida de una facultad Estatal exorbitante, de última ratio[42].

4.2. Parámetros para la aplicación de la proporcionalidad en el Derecho Internacional de las Inversiones

Por otro lado, se debe concretar la medida y forma de aplicación de la proporcionalidad en el Derecho Internacional de las Inversiones. Estos presupuestos son sugerencias, y no constituyen un estándar en las inversiones internacionales; sin embargo, responden a la lógica de la adquisición de responsabilidad internacional por parte de los Estados. Su aplicación dependerá:

a) De los Tratados referentes a inversiones, puesto que estos deben prever los estándares de protección a la inversión extranjera[43]. Para que pueda entenderse a la proporcionalidad tácitamente incorporada dentro del estándar. Pero la interpretación de proporcionalidad deberá realizarse con base en la acepción acogida para esta rama del Derecho Internacional, expuesta en el presente escrito.
b) De los tratados que definan a la proporcionalidad, que, al volver explícita su definición o alcance, deben limitarse a lo que han convenido los Estados parte. De esta manera, se genera un margen de acción específico para la proporcionalidad[44].
c) Subsidiariamente, si el criterio se encuentra recogido en la legislación del Estado parte de la controversia de inversiones, el tribunal lo puede utilizar como un hecho para la toma de su decisión[45].

---

41 Dentro de Occidental, el tribunal dice: "El tribunal en el caso *Azurix* […] hizo hicapié en la necesidad de que exista proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido. Cabe señalar que este es el mismo principio consagrado en el Artículo 11 del Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública ecuatoriano". Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*. Ó*p. cit*., párr. 409. Véase también: Kläger, Roland. Ó*p. cit*., pág 237.
42 El Tribunal en Occidental dice: "Es aceptable que algún castigo u otra medida puede haber sido justificado o, cuando menos, defendible. Las opciones con las que contaba la Demandada ya fueron analizadas precedentemente. El Tribunal no está necesariamente en desacuerdo con el argumento de la Demandada en cuanto a haber deseado, justificadamente, reafirmar la importancia de que se respetara su régimen regulatorio. Sin embargo, el principio primordial de la proporcionalidad exige que ese objetivo administrativo esté en equilibrio con los propios intereses de las Demandantes y con la verdadera naturaleza y el verdadero efecto de la conducta que se reprime. El Tribunal concluye que el precio que debieron pagar las Demandantes —la pérdida total de una inversión que vale varios cientos de millones de dólares— fue desproporcionado respecto del hecho ilícito que se le imputa a OEPC y, de igual manera, fue desproporcionado respecto de la importancia y la efectividad del 'mensaje de disuasión' que la Demandada puede haber deseado transmitir a toda la comunidad del petróleo y del gas". Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Occidental Pretroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*. Ó*p. cit*., párr. 450.Sobre la excepcionalidad de la fulminación del contrato, véase: Muthucumaraswamy, Sornarajah. *The International Law on Foreign Investment*. Nueva York: Cambridge University Press, 2010, p. 398.
43 Economic Partnership Agreement between Côte d'Ivoire and European Community (2008).
44 Un claro ejemplo de tratado que recoge el concepto de proporcionalidad es el EU- Korea Framework Agreement. Ó*p. cit*., artículos 45 y 46.
45 El tema fue tratado en *Supra § 3*.

4.3. Estándar para que una medida sea proporcional bajo el Derecho Internacional de las Inversiones

Finalmente, los elementos que deben verificarse para que las medidas que tome el Estado receptor puedan considerarse proporcionales se ven evidenciados en la siguiente afirmación:

> Primero, se requiere que la medida adoptada sea conveniente o apropiada para alcanzar los fines que persigue ('conveniencia'). Y segundo, la medida debe ser necesaria para logar su objetivo ('necesidad'); la necesidad en este sentido presupone que en medio de una variedad concebible de medidas igual de efectivas y convenientes, la que se adopta debe ser la alternativa menos restrictiva o gravosa[46].

La medida tomada por el Estado es apropiada para su ejecución cuando recoge los elementos planteados, por lo que debe ser "proporcional frente a la no implementación de las obligaciones"[47] del inversionista. Por consiguiente, la proporcionalidad se pone de manifiesto cuando cumple los elementos requeridos. Así, el criterio de proporcionalidad en el Derecho Internacional de las Inversiones es la posibilidad de aplicación de distintas sanciones o medidas frente a un hecho determinado, imputable a un inversionista internacional que se efectúa en el Estado receptor de su inversión. El actuar Estatal debe preferir la medida que sea más apropiada, y necesaria (menos gravosa para el inversionista), de manera progresiva. La medida, a su vez, debe evitar que la conducta vuelva a realizarse y debe ser efectiva para restablecer el orden quebrantado en el ordenamiento jurídico[48].

Consecuentemente, una vez determinado el criterio de proporcionalidad en el Derecho Internacional de las Inversiones, este aplica en sus estándares de protección, de manera específica en los casos en que se alega que la actuación del Estado receptor es más gravosa, respecto de un conjunto de actos que se pudieron ejecutar frente al mismo escenario. Una vez determinado el concepto de proporcionalidad para introducir y comparar sus elementos en el Derecho Internacional Público, y consecuentemente en su rama de Inversiones, se debe proceder a implantar el criterio de proporcionalidad dentro del Caso Occidental.

5. El Caso Occidental

Occidental Exploration and Production Company es una empresa multinacional cuya operación consiste en la búsqueda y explotación de petróleo, y su sede se encuentra en el Estado de Delaware, Estados Unidos. Inició sus actividades como inversionista extranjero en Ecuador el 25 de enero de 1985. Se dedicó a la exploración y explotación de petróleo dentro del Bloque 15. A su vez, la relación del Ecuador con el inversionista privado inició con la suscripción de un contrato de prestación de servicios. Dicho contrato tuvo plena vigencia hasta la suscripción del contrato de participación petrolera, entre las mismas partes, a través de Petroecuador, el 21 de mayo de 1999.

---

46 Kläger, Roland. *Óp. cit*., p. 237.

47 Traducción libre. EU- Korea Framework Agreement (2011). Joint Interpretative Declaration Concerning Artículos 45 y 46.

48 Cita utilizada como motivo del caso Occidental, que aun siendo legislación de un Estado específico, permite la determinación del criterio al que se someterá posteriormente el análisis del Tribunal. *Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública*. Decreto No. 3179. Registro Oficial 693 del 19 de octubre de 2002. Artículo 11.

Los contratos de participación petrolera presuponen un margen de ganancias para el inversor. Dicha ganancia es directamente proporcional a la eficiencia en la masa de producción de su operación[49]. La contratación con participación permite al inversionista una suerte de retribución que va mucho más allá de la prestación de un servicio. La operación económica inmersa en la contratación permite al inversionista apropiarse de la inversión y buscar generar el mejor escenario de ganancias posible, tanto para sí mismo como para el Estado que le concede el contrato.

La operación de Occidental dentro del Bloque 15 se desarrolló, aunque con percances[50], de manera ininterrumpida hasta la declaratoria de caducidad del contrato de participación petrolera por parte del entonces Ministerio de Energía, Minas y Petróleos. El 15 de mayo de 2006, la entidad mencionada decretó formalmente la terminación del contrato con Occidental. El motivo consistió en la celebración de un *farmout agreement*[51] con Alberta Energy Company, empresa de origen canadiense. Este acto se dio sobre el sustento del artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos.

Dentro del *farmout agreement*, entendido como transferencia de derechos contractuales bajo legislación ecuatoriana, Occidental transfirió el 40% de sus derechos en el Bloque 15. Dicho traspaso incluyó los convenios operacionales de explotación unificada de los campos agrupados Enden Yuturi y Limoncocha, adjudicados a la compañía, a favor de Alberta Energy[52]. Este convenio privado se suscribió el 1 de octubre del año 2000.

Frente a los hechos suscitados, sobre todo la fulminación del contrato de participación petrolera, Occidental presentó la solicitud de arbitraje frente al CIADI. Esta fue recibida el 17 de mayo de 2006. El reclamo se presentó sobre la base del Tratado Bilateral de Protección a las Inversiones de 1993, celebrado entre Estados Unidos y Ecuador.

Dentro del proceso arbitral en sede CIADI, el Tribunal resolvió a favor de Occidental. Su resolución consistió en el incumplimiento del estándar de Trato Justo y Equitativo, por legítimas expectativas; recogido en el Artículo II (1) del Tratado Bilateral de Inversión suscrito entre Estados Unidos y Ecuador[53]. Según el Tribunal, la declaración de caducidad del contrato de participación petrolera fue un hecho expropiatorio a la inversión.

Para la determinación del hecho dañoso, el Tribunal utilizó como herramienta el análisis de la proporcionalidad como principio recogido en la legislación ecuatoriana. Su sustento principal

---

49 En la ley ecuatoriana, se faculta al Estado para la celebración de contratos de participación petrolera. Ley de Hidrocarburos. Óp. cit., artículo 74. Barros, Adriana Elvira. "Evaluación de los riesgos fiscales del petróleo en Colombia". En Barros, Adriana Elvira, et al.¿Es atractiva la contratación petrolera para la inversión privada en Colombia? Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005, p. 20.

50 Corte Londinense de Arbitraje Internacional Administrado. *Caso Occidental IVA petrolero*. Laudo Final. Caso No. UN 3467.

51 El acuerdo *farmout* consiste en una delegación de riesgo para la efectividad dentro de las operaciones de extracción petrolera. Hemingway, Richard W. "The Farmout Agreement: A Story Short But Not Always Sweet". *Natural Resources & Environment,* Vol. 1, No.2 , Oil and Gas Law. Estados Unidos de América: American Bar Association, 1985, pp. 3-4, 50-52.

52 Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Occidental Pretroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*. *Óp. cit*., párr. 142.

53 *Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y la protección de inversiones*. Decreto No. 3143. Registro Oficial (S) No. 153 del 25 de noviembre de 2005. Art. II (1).

es que no se limita la posibilidad del Estado de ejecutar lo previsto en el artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos[54]. Todo lo contrario, dicha facultad está condicionada al cumplimiento del criterio de proporcionalidad, y de las obligaciones adquiridas por el Tratado Bilateral de Inversión (en adelante, TBI)[55].

Para que una expropiación sea legítima bajo el artículo III del TBI, esta debe cumplir el estándar internacional que rige dicho acto: la expropiación debe responder a un interés público, ser pronta, adecuada y efectiva[56]. De igual manera, debe ser equitativa, como se determina en el primer inciso de dicho artículo. El Tribunal concluyó que la expropiación fue ilegal en virtud de la falta de proporcionalidad de la medida, por lo que condenó al Estado ecuatoriano a resarcir los daños ocasionados.

5.1. Razonamiento del Tribunal Arbitral en el caso respecto a la aplicación de la proporcionalidad

Las razones por las cuales el Tribunal decidió que la caducidad era desproporcional se sintetizan en tres puntos: primero, la legislación ecuatoriana y el Derecho Internacional de las Inversiones recogen el principio de proporcionalidad en el actuar de la Administración Pública; segundo, el Ministro competente tiene un margen de actuación discrecional que le permite aplicar la proporcionalidad; y tercero, la cesión de derechos no generó ningún perjuicio económico ni material al Estado[57]. Ahora, se debe proceder a desarrollar cada punto.

En cuanto a la proporcionalidad, ambas partes concuerdan que el principio está recogido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, al igual que en el Derecho Internacional de las Inversiones. En vista de que el contrato se regía exclusivamente por leyes ecuatorianas, ninguna de las partes niega la aplicación de este principio al caso concreto. Sin embargo, las partes difieren en el margen de aplicación de dicho principio. Además, el Tribunal argumenta que los actos administrativos no están exentos de la observancia de dicho principio en virtud de la tendencia de la jurisprudencia europea y un ordenamiento creciente de normas arbitrales[58].

Otro punto fundamental que se considera es la proporcionalidad como un límite en el actuar del Estado mediante el uso de su potestad administrativa, con relación al estándar de trato justo y equitativo. Lo anterior se desprende del análisis que hace el Tribunal de distintos laudos arbitrales como: Azurix v. La República de Argentina, y TecMed v. Estados Unidos Mexicanos[59]. Con lo antedicho, el Tribunal concluye que es aplicable la proporcionalidad para evaluar el actuar del Estado, en uso de su potestad administrativa. Por tanto, al ser la caducidad un acto

54 Ley de Hidrocarburos. Ó*p. cit*., artículo 74.
55 Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Occidental Pretroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*. Ó*p. cit*., párr. 384 a 456.
56 *Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y la protección de inversiones*. Ó*p. cit*., artículo III.
57 Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Occidental Pretroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*. Ó*p. cit*., párr. 396-401, 402-409, 410-423.
58 *Ibídem*. párr. 403-404.
59 *Ibídem*. párr. 408-409.

administrativo, está condicionada al principio de proporcionalidad.

Un argumento clave dentro de las razones que suministra el Tribunal para fundamentar su decisión yace en el margen de discrecionalidad del actuar del Estado. El Tribunal insiste en que la proporcionalidad debe ser un pilar fundamental dentro del margen de actuación estatal. El Estado ecuatoriano alegó que las circunstancias del caso eran distintas puesto que la sanción se encontraba contemplada en el contrato, y este último fue expresamente aceptado por la contraparte[60]. De tal suerte que no pudiera hablarse de una verdadera discrecionalidad, puesto que la demandante había acordado libremente en que se le imponga esta sanción[61]. Sin embargo, el Tribunal desestimó la postura del demandado, estableciendo que la sanción fue aplicada con base en la ley y no al contrato de participación[62]. Las partes del contrato son Occidental y Petroecuador, mientras que quien ejecuta la caducidad es el Ministro de Energías, Minas y Petróleos, una entidad distinta a Petroecuador. Así, si la sanción se hubiese dado dentro de las estipulaciones contractuales, aquella facultad le hubiere pertenecido exclusivamente a la entidad contratante. La caducidad se ejecutó mediante la potestad que la Ley de Hidrocarburos le da al Ministerio del ramo. De esta forma, el Tribunal coincidió con la demandante en que hubo discrecionalidad al momento de aplicar la caducidad. Ello, en virtud de que se usó como medida contemplada en la ley y aquella debe estar en armonía con el principio de proporcionalidad.

En síntesis, la discrecionalidad le permite al Estado optar por la sanción que sea equivalente al daño que se ha producido en virtud de la proporcionalidad[63]. Lo anterior es producto de la discrecionalidad reglamentada y de que el principio de proporcionalidad esté recogido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Finalmente, el último punto que analiza el Tribunal es la equivalencia entre el daño que se ha producido y la medida que ha implementado el Estado; es decir, la caducidad. La demandante alega que al no haber un daño directo o material, aplicar la caducidad, siendo esta la media más gravosa dentro de la escala de medidas aplicables, es completamente desproporcional[64]. Las medidas a la disposición del Estado en el caso son aquellas que forman parte de su actuar genérico, tales como la aplicación del régimen de multas[65] o la renegociación del contrato[66].

60 *Ibídem*. párr. 414 (ii).
61 *Ibídem*. párr. 414 (i).
62 *Ibídem*. párr. 418.
63 *Ibídem*. párr. 416.
64 Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Caso Occidental Pretroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company v. La República del Ecuador*. Óp. *cit*., párr. 416.
65 Dentro de la legislación ecuatoriana, el artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos prevé la caducidad como forma de fulminación del contrato petrolero. A su vez, el artículo 77 del mismo cuerpo normativo prevé el régimen de multas para actos que no activen previamente la caducidad. La fórmula de escrituración de ambas normas, siendo la norma del artículo 74 la creación de la potestad de caducar contratos, puesto que el artículo dice en su tenor literal que la Administración Pública "puede" declarar la caducidad, mas no es una norma imperativa al no decir "debe". Es menester del Ministerio realizar la ponderación del actuar del inversionista conforme al artículo 77, el cual dice que para la implementación de la multa se tomará en cuenta la gravedad del daño y la efectividad de la sanción. Esto, sumado a que el Tribunal de Occidental considera que no existe un daño real dentro del caso más que la vulneración de la norma, y que la caducidad es la medida menos efectiva puesto que elimina la inversión. Dentro del margen de discrecionalidad reglada del Estado, este pudo haber determinado una multa, antes de declarar la caducidad. Ley de Hidrocarburos. Ó*p. cit*., artículo 74.
66 Se habla de renegociación puesto que es una posibilidad que prevé el contrato de participación petrolera de Occidental. Esta posibilidad se ve extrapolando en el principio de buena fe, el cual rige diametralmente al ordenamiento jurídico del

El Tribunal concluye que a pesar de que no hubo un daño directo, más que la vulneración al ordenamiento jurídico, la sanción procede como mecanismo disuasivo[67]. Por tanto, la justificación para sancionar un actuar en el que no se ha verificado un daño debe ser la de una sanción que sea la menos gravosa en la escala de sanciones aplicables; de tal forma que la sanción eduque y disuada al infractor, así como al resto de inversionistas en la rama de hidrocarburos[68]. En síntesis, al haberse producido un daño aparente, el Estado ecuatoriano estaba en su derecho de imponer una sanción; empero, esta tenía que ser equivalente al daño sufrido. Imponer una sanción que se corresponde con un daño real, cuando este no se ha verificado, es desproporcional. Una vez planteada la posición del Tribunal Arbitral en el caso Occidental, es momento de estructurar el margen de aplicación del principio de proporcionalidad respecto de la legalidad dentro del Laudo. El actuar del Estado ecuatoriano fue el que previó su legislación específicamente por el acto de Occidental, sin embargo, al ser desproporcional se vuelve ilegítimo. De tal manera, siendo la sanción legal, pero desproporcionada y por lo tanto ilegítima, se podría hablar de una contraposición de criterios entre ambos principios. Sin embargo, como se verá, no es el caso.

5.2. Posible relación del criterio de proporcionalidad con el principio de legalidad en Occidental

Dentro del caso, el Estado ecuatoriano afirmó que utilizar el criterio de proporcionalidad implica la violación del principio de legalidad; puesto que la sanción específica y prevista para el acto de cesión de derechos contractuales a un tercero es la caducidad del contrato petrolero[69]. Occidental, por su parte, alegó la desproporcionalidad de la medida. Así, la duda principal frente a las dos posturas es si la proporcionalidad como principio del Derecho Internacional Público puede vulnerar el principio de legalidad de los Estados, el cual se ejecuta mediante la aplicación de su legislación.

Dentro del contexto del derecho interno de cada nación, rige lo siguiente: "el concepto de proporcionalidad se refiere principalmente a la fijación de límites materiales a la injerencia de las autoridades públicas en la esfera privada de los ciudadanos"[70]. La naturaleza de la definición de proporcionalidad dada en el numeral primero del presente artículo no varía en el caso de la legislación ecuatoriana; presupone la ejecución de la medida menos gravosa y efectiva frente a un acto imputable a una persona[71]. Esto, porque el Estado acoge la proporcionalidad dentro de su ordenamiento jurídico, al igual que en sus obligaciones internacionales. Por otro lado, el principio de legalidad presupone que la actuación de la Administración Pública se limita a la permitida por el ordenamiento jurídico, dentro del ejercicio de sus potestades. Así como en un

Ecuador y al actuar de su Administración Pública. Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 101 (1). Registro Oficial No. 536 del 18 de marzo de 2002.
67 *Ibíd*. párr. 416.
68 *Ibíd*. párr. 417.
69 Ley de Hidrocarburos. Ó*p. cit*., artículo 74.
70 Kläger, Roland. Ó*p. cit*., p. 237. Traducción propia.
71 *Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública*. Ó*p. cit*., artículo 11.

juego de ajedrez, esta solo puede moverse de cierta manera.

Debe tomarse en consideración que cuando Occidental ingresó al Ecuador, la normativa existía y era conocida por el inversionista. La no aplicación de dicha norma no forma parte de sus legítimas expectativas[72]. La regulación prescriptiva quedó clara al punto de que la disposición de la ley se copia en una de las cláusulas del contrato de participación petrolera. Por tal razón, si se habla de la aplicación de la cláusula contractual que fue libremente pactada por las partes, y no de una sanción normativa, pareciese forzoso decir que el actuar del Estado fue desproporcional. Lo anterior, debido a que las partes debieron haber percibido la cláusula como proporcional; de lo contrario, no la hubiesen incluido en el contrato.

En la contratación opera la autonomía de la voluntad contractual. El contrato no presenta vicio de la voluntad o norma que invalide esta cláusula pactada por las partes. Entonces, pareciera de mala fe, o en el mejor caso culposo, que habiéndose pactado expresamente una sanción por incumplimiento de una obligación y siendo ley para las partes[73], esta no se cumpla. De todas formas, el Tribunal estableció que la caducidad fue producto de una sanción normativa y no contractual. Por tanto, el siguiente punto a analizar son las razones por las que el Tribunal considera que la sanción impuesta es de tipo legal, y cuáles son las consecuencias de dicha interpretación.

En segundo lugar, el problema se evidencia en la interpretación del Tribunal respecto de la sanción normativa. Este determina que la medida de la caducidad del contrato por parte del Estado ecuatoriano a Occidental no fue proporcional. La legislación preveía, de manera genérica, otras medidas posibles para el Estado frente al actuar de Occidental. Como se ha dicho, dos posibilidades ejemplificativas son: el uso del régimen de multas y la renegociación del contrato. En principio, pareciese que el Tribunal entiende que la proporcionalidad, por estar recogida en la legislación del Ecuador, debía aplicarse por sobre una sanción específica y de subsunción perfecta con los hechos. De esta manera, el Tribunal no analiza la posibilidad de que las sanciones al amparo del contrato de participación petrolera sean desproporcionadas. Todo lo contrario, determina que el análisis de la proporcionalidad dentro del contrato no resuelve el problema jurídico planteado. La caducidad se dio por el Ministerio de Energía, Minas y Petróleos como una sanción al amparo de su legislación, y no por Petroecuador. En vista de que el Estado actuó sancionando con su legislación al inversionista, la decisión del Tribunal se toma a partir de dicha premisa. Lo desproporcional es la aplicación no progresiva del ordenamiento, en miras a que la caducidad es de última ratio.

La respuesta a la interrogante tiene dos perspectivas. La primera se ve reflejada en el derecho interno del Ecuador, el cual determina que ninguna norma sobre la cual se rige la Administración Pública puede ser opuesta a los principios por los que se rige el ordenamiento jurídico,

72 Bonnitcha, Jonathan. *Substantive Protection under Investment Treaties*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2014. pp. 167-168.

73 *Codificación del Código Civil*. Registro Oficial (S) No. 46 del 24 de junio de 2005. Artículo 1561.

específicamente en materia de sectores estratégicos[74]; sin embargo, las soluciones normativas frente a ciertos presupuestos fácticos se presumen proporcionales[75], por lo que dicha perspectiva estriba al principio de legalidad. La segunda, la perspectiva del Derecho Internacional, consiste en la contraposición de ambos principios. Su solución es eficiente para el caso planteado: la proporcionalidad no vulnera el principio de legalidad de la actuación Estatal puesto que las posibilidades de acción del Estado se encuentran positivadas en su legislación interna, salvaguardando su accionar reglado. Además, los Estados han accedido voluntariamente a la firma de los TBI respectivos (que incluyen la proporcionalidad)[76]. De tal suerte que el Estado, en uso de sus atribuciones soberanas, ha creado y se ha adherido a la normativa internacional que compone su ordenamiento jurídico.

La proporcionalidad es un condicionante a la actuación del Estado[77]: aun cuando tenga disposición expresa, debe preferir alguna de sus opciones de accionar menos gravosa. Entonces, deberá aplicarla de manera progresiva; es decir, iniciando por aquella que tenga menos impacto en la inversión. De tal suerte que logre restablecer el quebrantamiento del ordenamiento jurídico, prevenir que el actuar ilícito vuelva a suceder, y reparar cualquier daño susceptible de valoración económica.

En el presente caso, el Estado impuso la sanción más grave, olvidándose la necesaria correlación que debe existir entre daño y medida[78]. Aun sin verificarse un daño mayor al de quebrantar el ordenamiento jurídico, se aplicó la medida más grave frente al actuar del inversionista; por lo tanto, no hubo proporcionalidad. Ello, en virtud de que el principio de legalidad está condicionado a la proporcionalidad de la medida tomada, y que el Estado, bajo dicha premisa, no aplicó su ordenamiento jurídico de la manera que su obligación internacional le requiere; es decir, la ejecución progresiva de medidas buscando la armonía para la realización de la inversión. Así, lo que pareciera ser una contraposición entre el principio de legalidad y proporcionalidad en realidad es un condicionante a la aplicación de la legalidad por parte del Estado. Una violación al principio de proporcionalidad, cuando el Estado lo ha vuelto parte de su ordenamiento jurídico, implicaría consecuentemente un quebrantamiento a la legalidad. En el presente caso, la proporcionalidad es parte del ordenamiento jurídico del Estado. Por tal razón, ambos principios no son excluyentes, sino que se sirven mutuamente para su aplicación material.

6. Conclusiones

El criterio de proporcionalidad sobre el cual el Tribunal arbitral del Caso Occidental condenó al Ecuador por la violación de los estándares de protección a la inversión recogidos por el TBI

74 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 313 inciso 2. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.
75 López González, José Ignacio. *Óp. cit.*, p. 16.
76 El TBI Ecuador-Estados Unidos, en su artículo III, establece que la expropiación debe ser una medida equitativa, por lo que se puede inferior que se habla de proporcionalidad en la misma.
77 Schill, Stephan. "General Principles of Law and International Investment Law". En Grazzini, Tarcisio y Brandere, Eric. *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 178.
78 Kläger, Roland. *Óp. cit.*, p. 237.

Estados Unidos-Ecuador debe entenderse como la medida que toma el Estado como consecuencia de un acto imputable al inversionista. Dicha medida se caracteriza por ser apropiada, necesaria, menos gravosa y más efectiva. Asimismo, es tomada en ponderación de otras posibilidades de acción dentro del ordenamiento jurídico del Estado receptor. No cabe dejar de lado que la medida debe estar estrechamente vinculada a la obtención de un fin determinado. La sanción tiene como finalidad el restablecimiento del quebrantamiento jurídico, mediante el poder de disuasión de la medida, lo que evita que vuelva a ocurrir un acto similar. Además, la aplicación de la medida debe ser progresiva. Con todo lo anteriormente expuesto, se verifican los elementos esenciales de aplicación de la proporcionalidad en la medida.

El Tribunal arbitral dentro del caso, y de manera acertada, considera que el Estado incumplió con aplicar una medida proporcional frente al actuar del inversionista. Ello, en virtud de que no se verificó un daño material respecto del actuar de Occidental y existían otras medidas dentro del actuar genérico del Estado, tales como la renegociación del contrato o el régimen de multas. En este sentido, la proporcionalidad juega un papel vital ya que se debe preferir la permanencia de la inversión antes que su destrucción total.

A pesar de que en el Caso Occidental se tomó a la proporcionalidad como un hecho, parte del análisis de la legislación aplicable al contrato; la proporcionalidad es un principio recogido dentro del Derecho Internacional de las Inversiones. Su aplicación puede darse dentro de todos los estándares de protección a la inversión extranjera cuando el fundamento de alguno implica directa o indirectamente su alegación. La vulneración a dicho criterio implica la ejecución de una medida que genera más perjuicio a la inversión respecto de la que debió implementarse, dentro de un acto en el que era posible la implementación de otras medidas, menos gravosas y recogidas en la legislación del Estado receptor.

Por lo tanto, la proporcionalidad en el Caso Occidental no implica una vulneración al principio de legalidad. Bajo la perspectiva del Derecho Internacional de las Inversiones, dicho concepto actúa como un criterio de selección para que, dentro del margen de la legalidad, el Estado determine una sanción frente a un acto imputable al inversionista. Esto, no sin antes verificar que se esté dando preferencia a aquella sanción menos gravosa para la inversión y que sea efectiva para restablecer el ordenamiento jurídico quebrantado. De esta manera, el fallo es fundamentado ya que no implica la transgresión al principio de legalidad ni limita que el Estado receptor de la inversión ejecute lo previsto en su ordenamiento. Por el contrario, condiciona el actuar de la legalidad para que aquél sea proporcional. Entonces, dado que dentro del Caso Occidental no se demostró daño material alguno, existían otras posibles opciones genéricas del actuar estatal, y la proporcionalidad es parte tanto del derecho interno del Ecuador como del Derecho Internacional de las Inversiones; la medida adoptada por el Estado ecuatoriano en el Caso Occidental fue desproporcionada a la luz de la legislación que le da lineamientos de actuación.